

早稲田大学博士論文概要書

毀棄罪における  
「毀棄」「損壊」概念の内実

大塚 雄祐

刑法典の第 40 章以下において規定される「毀棄及び隠匿の罪」のうち、文書毀棄罪（258 条・259 条）・建造物損壊罪（260 条）・器物損壊罪（261 条）の各規定（以下、まとめて「毀棄罪」とする）における「毀棄」「損壊」「傷害」の解釈をめぐっては、「物の効用を害する一切の行為」が「損壊」等であると定義する効用侵害説が通説とされ、判例もこの説に立つものと理解されてきた。同説の定義によれば、（領得意思なく）物の利用・利用可能性を侵害するあらゆる行為が「損壊」等にあたりうることになり、所有者の意思に反する美観・外観の侵害に広く「損壊」等を認めることになるほか、隠匿を含む占有を喪失させる行為にも「損壊」等を認めることになる。一方、反対説は、判例・通説の解釈は「損壊」等の文言からかい離した解釈であり、所有者の利用可能性を侵害する全ての行為を「損壊」等を含めるべきではないと批判した上で、法益侵害結果としての効用侵害に加えて、行為態様に「有形力の行使」ないし「有形的作用」という限定を付す有形侵害説や、結果態様に「物質的（物理的）毀損」という限定を付す物質的毀損説（物理的毀損説）などが主張された。

毀棄罪の保護法益は所有権その他の権利（以下、「所有権等」とする）に基づく物の使用・処分・収益の各権能であるが、「損壊」等の条文上の文言ゆえに、毀棄罪の成立を認めるにはこのような所有権等の各権能に対する侵害が生じたことだけでは足りず、これに加えて行為態様ないし結果態様に何らかの限定を付すべきであり、単なる隠匿や剥奪を物の「毀棄」「損壊」等を含めることは、罪刑法定主義に反する疑いがある。この限りでは、いわば法益外在的な視点から行為態様や結果態様に限定を付そうとする反対説の方向性は妥当と考えるが、反対説の提言する「有形力の行使」「有形的作用」「物質的毀損」という基準はなお不明確なものであり、またこれらの限定を付す理論的根拠も十分に説明されてこなかったといえる。

他方、法益侵害結果である効用侵害の内実についても、ただ所有者の主観的な効用が阻害されただけでは毀棄罪としての可罰性を認めるべきではない。近時の判例や学説は、たとえば詐欺罪や窃盗罪、住居侵入罪などについて「法益主体の意思に反しているか」を重視し、法益主体の意思に反すること自体を法益侵害であると評価する傾向がみられ、法益侵害の内実の形骸化が懸念されるが、毀棄罪における法益侵害性を所有者の主観的な効用が害されたかどうかだけを基準に判断することもまた、実在的な財物を保護する財産犯としての毀棄罪の性質を形骸化し、毀棄罪を「法益主体の意思を保護する罪」へと変容させかねない。毀棄罪が「財物」侵害罪である以上、所有権等の侵害という法益侵害性は、ただ所有者の利用が阻害されるだけでなく「財物」が損なわれたと評価しうる状態が作出されることで認められるべきであり、法益侵害結果としての効用侵害性にも何らかの限定を付す必要があるように思われる。この点、毀棄罪の「毀棄」「損壊」概念に関する先行研究の多くは、罪刑法定主義の要請に基づく行為態様・結果態様の限定の要否に重点が置か

れ、効用侵害性の内実や限定の要否については十分な議論がなされてきていないように思われる。

本論文は、以上の問題意識から、①「毀棄」「損壊」「傷害」という文言から導かれる法益外在的な制約として行為態様・結果態様への限定を要するか、要する場合にはいかなる限定を付すべきか、②主として毀棄罪の法益内在的制約として効用侵害性をどのように限定すべきかについて論じた上で、毀棄罪における「毀棄」「損壊」「傷害」概念の内実を明らかにしようとするものである。

第一章では、旧刑法から現行刑法への改正における毀棄罪諸規定の改正の経緯と、明治40年の改正刑法施行後の境界毀損罪及び電磁的記録毀棄罪の創設の経緯と内容を紹介し、若干の検討を加えた。旧刑法の立法段階における改正案の条文および立案担当者の発言を検討した結果、旧刑法において「毀壊」の文言はいわゆる物理的破壊の意で用いられていたとみることができる。その後、明治23年改正草案の説明書において、「残害」「消滅」の文言を付け加えた理由として、人の財産を害するのは物理的破壊の場合だけではなく、物品を消滅させたり、全く利用できなくするようになる場合等もあるからであると説明されているように、立法者も物理的破壊が生じた場合以外にも処罰範囲を拡大する意図であったと思われるが、ここで処罰対象に含めようとしている利用可能性侵害は、少なくとも物品を「消滅」させたり、「全く」利用できなくする場合であるとしており、果たして現在の効用侵害説ほどまでに処罰範囲を拡大する意図であったかどうかは疑いが残る。少なくとも、一時的に利用できなくする行為までは処罰の対象に含めない意図とみるべきだろう。

また、明治39年改正案の段階では「秘密ヲ侵ス罪」の章にあった信書開披罪の規定の中で信書の「毀棄」および「隠匿」を処断するものとしていたが、40年改正案で毀棄罪の節に信書隠匿罪として規定された際には「毀棄」の文言が削除され「隠匿」のみ規定されたことに関する立案担当者の説明から、立法者は「損壊」と「隠匿」は別の行為態様である理解しており、効用侵害説が主張する「隠匿」は「損壊」の中の一行為態様であるとの説明は少なくとも立法者の意思に反するものである可能性があることが明らかになった。

第二章では、我が国の判例における「毀棄」「損壊」「傷害」に関する解釈の変遷を概観した上で、判例が「毀棄」「損壊」概念についていかなる限定を付してきたかを検討した。

「徳利放尿事件」(大判明治42年4月16日刑録15輯452頁)以前の初期の判例は、いずれも客体(の一部)における物理的喪失があることを当然の前提として、このような物理的喪失行為が効用を侵害したかを論じたものであったが、「徳利放尿事件」判決を契機に、判例は「物質的毀損または効用侵害」という二元的な基準で「毀棄」「損壊」にあたるかを判断するようになった。このような処罰範囲の拡大傾向はさらに強くなり、美観・外観損傷ケースの判例を中心に、もはや物理的喪失ないし物理的不良変更の有無すら判断することなく、客体の効用が侵害されたかどうかのみをもって毀棄罪の成否を判断する判例も多

く出現するようになった。こうした処罰範囲拡大化傾向の背景には、「徳利放尿事件」以降の判例の影響により学界で効用侵害説が主張されるようになり次第に通説化したことを受けて、判例も毀棄罪の成立範囲には「財物の効用を害する一切の行為を含む」とする同説の定義により一層依拠するようになったことが考えられる。

もっとも、判例は無限定に効用侵害を認めてきたわけではない。まず、判例は物の美観・外観を毀棄罪で保護すべき効用を含めつつも、あくまでも美観・外観を害することによって、その物の本来的な効用が害された場合でなければ、毀棄罪を認めていない。たとえば公園のトイレの外壁に落書きに建造物損壊罪の成立を認めた「公衆便所落書き事件」（最決平成 18 年 1 月 17 日刑集 60 卷 1 号 29 頁）も、公園内の公衆便所である点に着目し、用便を足すという便所としての本質的機能のほか、その外観・威容そのものも社会通念上重視されるがゆえに公衆便所の効用として「本来性」が認められるからこそ毀棄罪としての要保護性を認めており、ただ所有者の感情的効用を侵害したのみならず、不特定多数人が憩いの場として利用する公園のトイレとして用いるという実用的効用が侵害されたからこそ、軽犯罪法 1 条 33 号にとどまらずに建造物損壊罪を認めたといえる。また、判例は、たとえば文書などのように一時的な利用侵害であっても効用侵害性が高く認められる例外的な場合を除いて、効用の侵害に持続性ないし原状回復の困難性が認められる場合に限って毀棄罪の成立を認めている。ただし、効用の本来性や侵害の持続性、原状回復の困難性の判断基準は明確に示されているとはいえず、「本来的効用」の範囲を広く認めることになれば、結局、所有者のあらゆる主観的効用を広く毀棄罪によって保護することになり、刑法が個人的感情を保護することに繋がりがかねないし、「損壊」「毀棄」との文言との乖離はより一層大きくなり、罪刑法定主義にも反する危険をもちあらむ。

他方、判例は「物理的破壊・毀損・変更」という基準については、学説の物理的毀損説よりもさらに狭く捉えており、実質的に客体の全部又は一部を物理的に変更したことが通常一般人が肉眼で見て明らかな場合に限って、「物理的破壊・毀損・変更」を認めている。その意味では、二元的判断基準を採っている判例の中には、本来は（学説の意味での）物質的毀損が認められる場合であっても、「効用を侵害したか」という基準で毀棄罪の成否を判断してきたといえるが、「毀棄」「損壊」という文言を忠実に解釈するのであれば、「掛軸落書き事件」や「イカタコウイルス事件」は、むしろ客体を物質的に毀損したとして毀棄罪の成立を認めるべきであったように思われる。

第三章では、我が国の学説における「毀棄」「損壊」概念をめぐる議論を整理し、考察を加えた。学説における議論は、①効用侵害に関する議論と②文言の制約による行為態様・結果態様への限定に関する議論に分けることができ、①はさらに a) 要保護性を認めるべき「効用」の範囲に関する議論と b) 効用の「侵害」を認める範囲に関する議論に分けることができる。毀棄罪が所有権等に基づく物の利用・処分・収益を保護法益とする以上、通説

である効用侵害説を支持しようとも、また反対説である物質的毀損説などを支持しようとも、①の点は共通して問題となりうるものであり、両者の違いはもっぱら②の点で行為態様ないし結果態様の限定を付すか否かにあるといえる。

学説を整理した結果、効用侵害説の論者も、物質的毀損説などの反対説の論者も、その多くは、①の a)については本来的な効用（用法）に限るべきであるとし、また b)については侵害の持続性・原状回復の困難性を要求していることが明らかになった。筆者もこのような立場を妥当な方向であると考えるが、判例と同様に、本来性や回復の困難性、侵害の持続性の判断基準は不明確であり、処罰範囲を明確に画する上でも、基準の精緻化を要するものと思われる。なお、効用を利用価値と交換価値に区別し、後者の要保護性を前者の要保護性に劣後させるものと思われる見解も存在するが、店頭の販売品のように交換価値こそがその物の主たる効用である物も存在する以上、両者を区別して要保護性に差を見出す合理的根拠はない。

また、②の点について、効用侵害説は行為態様や結果態様の限定を特に不要とし、隠匿も「毀棄」「損壊」の一態様であると解する論者が多いが、これに対し、有形侵害説は行為態様としての「有形力の行使」を、新・有形侵害説は結果態様としての「有形的作用」を、物質的毀損説（物理的毀損説）は結果態様としての「物質的（物理的）毀損」をそれぞれ要求する。しかし、不作為による毀棄・損壊の場合を処罰範囲から除く合理的理由がない以上、行為態様による限定は不要とすべきであろう。他方、物を「毀棄」「損壊」「傷害」したといえるためには、物自体に何らかの変化・影響が生じていることは必要とすべきであり、その限りで結果態様として客体に変化や影響が生じたことを要求する新・有形侵害説や物質的損説は方向性としては妥当である。もっとも、客体に生じた変化・影響は必ずしも有形的なものに限定すべきではないため、結論として、筆者は物質的毀損説を妥当であると考え。もっとも、「物質的毀損」という基準を用いる理論的根拠と、その基準の精緻化は必要である。

第四章では、ドイツの判例・学説における毀棄罪の議論を整理し考察を加えた。ドイツ刑法では、303条1項において、物を「損壊」又は「破壊」した行為を罰する器物損壊罪を定めており、行為の最小単位である「損壊」概念について、とりわけグラフィティなどの外観侵害に対してどの範囲で「損壊」を認めるべきかをめぐって、議論が繰り広げられてきた。

ドイツの判例は、ライヒ裁判所の当初の判例は「損壊」概念を限定的に解し、「物質的損傷（Substanzverletzung）」を生じさせた場合に限るものとしたが、その後「物質的損傷」がなくても、物の本来的な効用を低下させたといえれば「損壊」を認めるようになり、連邦通常裁判所（BGH）へ移行し現在に至るまでこの立場を貫いている点で、我が国の判例と共通する。もっとも、ドイツの判例は、物質的損傷と効用低下のいずれの場合も、客体へ

の有形的作用（*körperliche Einwirkung*）が生じたことを要求し、物の剥奪や隠匿は基本的に「損壊」にあたらないとする点は、我が国の判例と異なる。また、ライヒ裁判所から BGH へ移行した後、判例は効用侵害や物質的損傷の「重大性」を要求することを明示し、さらに器物損壊罪で保護されるべき本来的効用は「技術的効用」に限定し、グラフィティやビラ貼りといった美観・外観侵害は、美術品や文化財のように美観そのものが実用的効用である場合を除いて、原則として「損壊」にはあたらないことを明示した。このように外観侵害に対する器物損壊罪の成立に謙抑的である判例をめぐって、学説では盛んに議論が展開された。

通説は基本的に判例を支持し、「損壊」とは「有形的に作用することによって、物の物質を損傷するか、本来的（技術的）効用を害する」行為であると定義する。もっとも、たとえば（領得意思なく）他人の食料を無断で食べる場合等のように本来的用法通りに物を消費した場合や、所有者の意思に反して修理や加工を行った場合など、具体的な事例における同罪の成否については、通説内部でも見解が分かれる。このような判例・通説に対し異論を唱える見解は、①美観・外観侵害を中心に、所有者の主観的効用を重視して判例よりも広く「損壊」を認めようとする見解と、②判例・通説の「効用の低下」や「重大性」という基準は不明確なものであるとしてこれを放棄し、あくまでも「損壊」とは物質的損傷の場合に限るべきであるとする Kargl の物質説（*Substanztheorie*）に大別できる。①の内部では、「効用の低下」という基準を放棄し、所有者の合理的な意思に反する物の状態の変更は全て器物損壊罪を認めるべきとする Schroeder らの状態変更説と、判例・通説の「本来的効用」の範囲を拡張し、被害者の主観を広く保護し、実用品の場合であっても物の外観は本来的効用の 1 つに含めるべきであるとする Maiwald らの拡張型効用低下説がそれぞれ主張された。なお、Maiwald らは、器物損壊罪で保護される本来的効用は、社会生活上合理的として追体験されうるものである必要があるとする。

所有権等（に基づく物の使用・処分・収益の各権能）を保護法益とする以上、まずは所有者が当該客体をその意思通りに利用しうるかが問題になるという点では、Schroeder ら状態変更説の論者や Maiwald ら拡張型効用低下説の論者が、とりわけ物の外観に関する所有者の利益や意思に着目した点は理解に値する。しかし、謙抑主義の要請や刑法の二次規範性ゆえに、所有者にとっての利用侵害・価値侵害を全て刑法上の器物損壊罪の処罰範囲に含めるべきではなく、刑法で保護される法益は客観的な要保護性があるものに限られるべきであり、器物損壊罪において処罰が許される利用侵害・価値侵害もある程度客観化される必要があるだろう。そして、保護法益の見地からだけでなく、罪刑法定主義の見地からも、器物損壊罪は「物」の「損壊」を実行行為・法益侵害結果の態様としており、「損壊」とは「損ない壊すこと」である以上、物自体に変化が生じていることはもちろん、その変化が通常一般人が見ても「損なわれ壊された」といえるような不良変更が、物自体に生じ

ていなければならないというべきである。

第五章では、前章までにおける国内外の議論の整理・考察を踏まえ、私見として、以下のことを主張した。

第 1 に、毀棄罪の法益侵害結果としての効用侵害性は、客観的観点から限定されなければならない。効用侵害を客観化するにあたっては、①毀棄罪で保護されるべき「効用」の範囲を客観的に要保護性が認められる効用に限定することと、②そのような効用の「侵害」を客観的観点から限定することが必要である。

①の点については、a)その物の本質的効用、b)交換価値の実現という効用のほか、c)a)や b)には当たらないが所有者が追求する効用のうち一般人が所有者の立場に立って是認し得るものが、客観的に要保護性が認められる効用であるとする。

また、②の点については、量的観点と質的観点から客観的に「侵害」の範囲を限定する必要がある。量的観点からは、原状回復が困難な程度の効用の阻害が生じた場合に客観的に「侵害」と評価可能と考える。ここでの「原状」とは行為者の行為前と完全に同じ状態を意味するのではなく、行為者ではなく所有者（被害者）が使用していたとしても生じていたであろう消耗が回復できなくとも「原状」に回復されたと評価すべきである。また、困難性の判断は、当該所有者が現に回復が困難であったことを前提に、一般人から見ても原状への回復が困難な場合に限って、「困難性」を認めるべきである。他方、質的観点からは、行為者が所有者の意思に反する修理・修繕を行った場合、これによって客体の a)本質的効用と b)交換価値のどちらも低下せず、かつ、どちらかが向上した場合には、仮に c)所有者が重視するそれ以外の（要保護性が認められる）効用が低下していても、a)b)の要保護性が c)より高いと客観的にいえるため、「侵害」と評価すべきではない。また、修理・修繕によって向上した効用と低下した効用がどちらも本質的効用である場合には、所有者が後者を重視することを一般人が所有者の立場に立っても是認しうる場合には「侵害」性を否定すべきである。なお、行為者の行為が単なる修理・修繕を超えて、元の物との同一性を失い異なる状態を作出する「加工」にあたる場合には、所有者による行為によって仮に a)本質的効用や b)交換価値が上がったとしても、これのみをもって「侵害」性を否定すべきではなく、所有者にとって a)本質的効用や b)交換価値よりも c)その他の効用が優越することを一般人が所有者の立場に立っても是認しうる場合には「侵害」性を肯定すべきである。

第 2 に、あらゆる物は空間の中に有体的に存在する以上、物を「毀棄」「損壊」「傷害」という文言から一般国民が認識し得るのは、客体自体に何らかの有体的な不良変化が生じた場合であるというべきである。そして、この「不良」性こそが毀棄罪の法益侵害結果としての効用侵害性である。なお、作為・不作為を問わず、客体に有体的な不良変化が生じていれば「毀棄」「損壊」したと評価すべきであり、行為態様は有形力の行使には限ら

ない。したがって、私見は基本的に物質的毀損説を支持し、「物質的毀損」とは「有体的不良変化」のことであると考える。

かくして、私見によれば、「毀棄」「損壊」「傷害」とは「物に有体的な変化を生ぜしめ、これによってその物の客観的効用を客観的に侵害する行為」であると定義づけることになる。

ところで、客体自体に有体的変化が生じたといえるか、また客体の客観的効用が客観的に侵害されたかどうかを判断するにあたり、そもそも客体を何（どの範囲）と捉えるかという点は、それぞれの判断に影響が及ぶ。すなわち、ある物の一部分を壊したり利用できなくなった場合に、効用侵害の有無を判断するに先立ち、その一部分を客体とするのか、それともその部分を含めたその物全体を客体とするのかを確定する必要がある。また、パソコンなどのデータ記録媒体に保存したデータ・ファイルを使用不能にした場合に、データ記録媒体を客体として器物損壊罪の成立を認めることができるかが問題となる。このような問題意識から、第六章では、これらの場合における客体の画定基準について、我が国やドイツの関連する議論を整理・考察した上で、私見として以下のことを主張した。

第1に、あらゆる「物」は、空間の中で人が知覚できる形で存在する以上、「人の知覚・認識（可能性）」が「物」の存在を基礎付ける要素となっている。そして、いかなる「物」も取引の対象となりうる以上、「物」に対する「知覚・認識」の主体は所有者でも行為者でもなく「一般人」であるべきである。したがって、損壊した客体の属性を判断するにあたっては、その物の社会的意義を一般人の認識可能性にしたがって判断される必要がある。したがって、建物や物の一部を毀棄・損壊した場合に、当該行為を260条の「建造物」ないしその物全体の「毀棄」「損壊」と評価しうるためには、毀損した当該部分と建物ないし物本体が、一般人の認識可能性を基準にした社会的観点ないし取引通念から一体であるといえなければならない（認識上の一体性）。具体的には、当該部分と建物ないし物の本体の間に、一定程度の強度で持続的に「接合」している必要がある。その際に一体性を認める上で必要な接合の強度は、その建物や物の性質から一般人を基準に判断されるべきである。

第2に、毀棄罪は所有権に対する罪であり、物の効用を保護する構成要件であるといえる。そして、物の効用は所有者の主観的な意図や目的を中心として多元的に捉えられうるが、その中でもその物がその物であるといえるために不可欠な本質的効用は、通常一般人がその物に期待するであろう「最大公約数」的な効用といえ、その物の客観的な価値を決定づけるものであるといえる。そうであるとすれば、損壊された一部分が「本体の一部である」と認められるためには、当該部分が少なくともその物本体の本質的効用の実現・享受に資するといえなければ、当該部分の損壊によって「その物本体の効用を侵害した」とは評価すべきではない。かくして、建物や物の一部分を毀棄・損壊した場合、それを「本体の毀棄・損壊」と評価しうるためには、当該部分が認識上一体であることに加えて、本



体と機能的に一体であること（機能上の一体性）が必要とされるべきである。

このような観点は、データ記録媒体に記録されたデータを使用不能にした場合に、どの範囲で「記録媒体の損壊」と認めるべきかについても共通して当てはまるものと思われる。すなわち、情報記録媒体に保存された記録やファイル等が記録媒体の一部であると評価しうるためには、第 1 に、一般人の観点や取引通念に照らして外形的に当該記録（ファイル）ないし情報と記録媒体との「強い結び付き」を觀念しうる必要があり、したがって使用不能となった当該データやファイルが一定以上持続的ないし永続的に記録媒体に記録・保存される性質のものでなければ、当該記録媒体との認識上の一体性は認められない。そして、第 2 に、消去された当該情報やファイルが、記録媒体の「情報ないしファイルを保存する」という本質的効用に資するといえなければ、記録の消去によって「記録媒体」の効用を害したとは評価しえない。そして、当該情報やファイルが記録媒体に持続的に記録されてこそ、記録媒体の「当該情報ないしファイルを保存する」という本質的効用に資するといえよう。したがって、たとえば「イカタコウイルス事件」判例（東京高判平成 24 年 3 月 26 日東高刑時報 63 卷 1～12 号 42 頁）の場合は、少なくとも全部又は大部分のファイルが使用不能になったと認定されており、これらのファイルの中に、たとえば Word や Excel、メール機能などのように持続的・永続的に記録される性質のファイルが含まれていれば、それらのファイルは一般人の観点や取引通念に照らせばハードディスクとの外形上の一体性が認められるし、また当該ファイルを持続的に保存し、随時書き出すというハードディスクの本質的効用にも資するものといえる余地がある。もっとも、一般的な利用者にとってハードディスク自体はそれ単体で使用するのではなく、パソコンに「結合」した状態で使用するものであり、かつ、パソコンという本体の「情報を記録・保存する」という本質的効用に資するものである、との説明も可能であり、そのような理解によれば、むしろハードディスクは「パソコン」という本体の一部分であり、ハードディスクの機能の阻害は、「パソコンを損壊した」と評価可能であるように思われる。そして、ハードディスクに保存されたファイルは、パソコンの一部分としてのハードディスクに保存されている以上、Word や Excel、メール機能などのようにハードディスクに持続的に記録されるファイルであれば、一般人の観点や取引通念に照らしてパソコンと一体のものである認識可能であるし、また、パソコンの「情報の記録・保存・受信・発信」といった本質的効用に資するともいえる。よって、これらのファイルはパソコンという客体の一部であるとしてみるのが可能であり、（パソコンの一部である）ハードディスクにおいて、ウイルスファイルを原因とするファイルの消去・改変の際の磁性の変化という物理的变化によって、「パソコン」の効用が客観的に害されたとして、「パソコン」に対する器物損壊罪を認めた方がより適切であったように思われる。